

Documento 1

Tipo documento:
DECISÃO MONOCRÁTICA

Evento:
PREJUDICADO

Data:
09/06/2025 17:57:24

Usuário:
NMATHIAS - NIKOLAS DOS SANTOS MATHIAS

Processo:
5291112-34.2024.8.21.7000

Sequência Evento:
46



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Órgão Especial

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5291112-34.2024.8.21.7000/RS

TIPO DE AÇÃO: Tráfico de drogas e condutas afins (Lei 11.343/06, art. 33, caput e § 1º)

RELATOR: DESEMBARGADOR IVAN LEOMAR BRUXEL

ARGUINTE: 3ª CÂMARA CRIMINAL

EMENTA

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIMINAL. ART. 253 DO RITJRS.

TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N. 1267-STF. INDULTO NATALINO DE 2022.

Foi recentemente resolvida a questão em discussão, com tese fixada nesse sentido: “É constitucional o indulto natalino do art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 11.302, de 22/12/2022”. Sendo assim, está prejudicado o julgamento do presente incidente, que em decorrência da decisão superveniente perdeu seu objeto.

DECISÃO MONOCRÁTICA. INCIDENTE PREJUDICADO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada, por maioria, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e encaminhada ao Órgão Especial na forma do artigo 253 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Esta a ementa do agravo em execução originário, n. 5207366-11.2023.8.21.7000:

AGRAVO EM EXECUÇÃO CRIMINAL. INDULTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DO DECRETO Nº 11.302/2022. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. JULGAMENTO SUSPENSO. RESERVA DE PLENÁRIO. 1. O indulto é ato de vontade discricionária e de competência privativa do Presidente da República que, nos termos do art. 84, inciso XII, da Lei Maior. Todavia, o indulto também é subordinado à Constituição. 2. Entendimento deste órgão fracionário no sentido de que o art. 5º do Decreto Presidencial não passa pelo filtro do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que criou verdadeira abolitio criminis para todos os crimes com pena abstrata até 5 anos. 3. Acolhida a arguição de inconstitucionalidade do decreto por ofensa ao art. 5º, XLVI; art. 5º, § 2º; art. 2º, art. 6º, todos da Constituição Federal. 4. Remetida a matéria para julgamento pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal, nos termos dos art. 948 e 949, inciso II, do CPC, bem como do artigo 253 do Regimento Interno desta Corte. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA, POR MAIORIA. ENCAMINHADA MATÉRIA PARA JULGAMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL. (Agravo de Execução Penal, Nº 52073661120238217000, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leandro Augusto Sassi, Relator para o Acórdão: David Medina da Silva, Julgado em: 21/03/2024)

Posteriormente, opostos embargos infringentes, foram rejeitados:

EMBARGOS INFRINGENTES. VOTO MAJORITÁRIO PREVALECENTE. DECISÃO DA MAIORIA DA 3ª CÂMARA CRIMINAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE ACOLHEU A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DO DECRETO N. 11.302/2022 E ENCAMINHOU A MATÉRIA A JULGAMENTO PELO EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 52073661120238217000, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thiago Tristao Lima, Julgado em: 19-09-

2024)

Parecer do Ministério Público pelo **sobrestamento** do feito até o julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 1267-STF e, no mérito, pela **procedência** do incidente (evento 16, PARECER1).

Manifestação da Advocacia-Geral da União pela **rejeição** do incidente (evento 21, PET1).

Manifestação da Defensoria Pública pelo **sobrestamento** do feito até o julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 1267-STF e, no mérito, pela **improcedência** do incidente (evento 24, PET1).

Foi intimado também o defensor do agravante no Agravo em Execução originário, que não se manifestou (ev. 25).

Após, o feito ficou sobrestado até o julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 1267, pelo e. Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Vejamos a fundamentação do voto condutor da maioria, que entendeu por acolher a arguição de inconstitucionalidade:

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para divergir do eminente Relator, com o fim de suspender o julgamento e encaminhar a matéria a apreciação do Egrégio Órgão Especial, em razão da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Na esteira das razões do Ministério Público, reputo inconstitucional o art. 5º do Decreto 11.302/2022. Conforme o citado dispositivo:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

Vislumbro que a matéria envolve sério precedente, o qual, em caso de validade da norma, irá permitir que o Chefe do Executivo, doravante, conceda indulto com base em penas abstratas, quaisquer que sejam, podendo ser de cinco, dez, quinze anos, ou até mais, como bem entenda.

Como se sabe, o indulto é ato de vontade discricionária e de competência privativa do Presidente da República que, nos termos do art. 84, inciso XII, da Lei Maior. Todavia, como salientou o festejado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet em artigo jurídico publicado na internet, o indulto também é subordinado à Constituição¹.

Indulto é clemência, concedida pelo Estado, a autores de crimes, por meio de seu mandatário, que é um agente político e, portanto, deve cumprir a Constituição Federal. O indulto é realizado por meio de Decreto, cuja força normativa não pode se sobrepor ou se opor à Constituição, sob pena de subversão dos parâmetros de validade e eficácia das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito.

No caso dos autos, o art. 5º do Decreto Presidencial, a meu sentir, não passa pelo filtro do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que criou verdadeira abolitio criminis para todos os crimes com pena abstrata até 5 anos. Poderia ter sido 10 ou 15, poderia o presidente indultar penas abstratas até 20 anos ou mesmo 30? Se o Poder judiciário responder afirmativamente a tal pergunta, estará transferindo ao Poder Executivo toda a matéria penal, pois, ao fim e ao cabo, Direito Penal é o conjunto de normas destinadas a limitar o Direito de Punir. Ao admitir indulto sob pena abstrata, o Poder Judiciário transforma o Presidente da República em legislador supremo em matéria penal.

Ponto as anomalias constitucionais do art. 5º do Decreto 11.302/2022, claramente evidenciadas, a meu sentir.

1. Ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Ao dar tratamento isonômico, em termos penais, a todos os condenados por crimes cuja pena abstrata não ultrapasse cinco anos, o Decreto Presidencial viola a individualização da pena.

2. Ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.

O Presidente da República, transformado em legislador supremo da matéria penal, ao indultar crime com base em sua pena abstrata e sem vinculação com a execução penal, criando autêntica abolitio criminis, invade a separação dos poderes.

3. Ofensa ao art. 6º da Constituição Federal.

Ao sentir-se autorizado a indultar crime com base em pena abstrata – que hoje é cinco anos, mas no próximo indulto poderá ser dez, quinze ou vinte – o Decreto Natalino ofende o Direito Social da segurança, direito fundamental de segunda geração, de extrema importância na atualidade, especialmente no Brasil.

Neste passo, voltamos a SARLET²:

Assim, convém lembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporânea, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica.

4. Ofensa ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal:

O constituinte de 1988 deixou aberto o sistema de garantias constitucionais, ao estabelecer, no art. 5º, o seguinte:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Neste caso, estamos diante do conjunto de direitos fundamentais que estão “fora do catálogo da Constituição”, dos quais são exemplos os sediados em tratados internacionais³.

Nesse sentido, ao indultar com base em pena abstrata, o Decreto Presidencial ofende o art. 32 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que estabelece:

Artigo 32

Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Da mesma forma, estamos diante de séria violação do princípio da proporcionalidade, o qual constitui princípio constitucional implícito. Segundo SARLET (2012, p. 406):

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado - por meio da atuação de seus órgãos ou agentes - corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental (is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais - atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar - hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. E neste sentido que - como contraponto à assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermaßverbot). É por tal razão que também a doutrina brasileira (e, em alguns casos, a própria jurisprudência), em que pese não ser pequena a discussão a respeito, em geral já aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. Em suma, desproporções para mais ou para menos caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade.

Saliento que deve a norma em questão ser objeto de controle difuso de constitucionalidade pela via incidental, sendo aplicável, in casu, o princípio de reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal e disposto na Súmula Vinculante nº 10 do STF, cuja solução judicial atinge tão somente o plano da eficácia da

norma e não a sua validade.

Em se tratando de controle difuso, peço vênia para transcrever lição do Ministro Luis Roberto Barroso em obra acadêmica⁴:

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

Não desconheço, entretanto, que a controvérsia constitucional aqui discutida teve Repercussão Geral reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.450.100/DF - Tema 1.267. Contudo, não houve, até o presente momento, qualquer deliberação pela Suprema Corte acerca da aventada inconstitucionalidade do dispositivo questionado, embora haja pedido, formulado pela Procuradoria-Geral da República e ainda não examinado, de suspensão nacional dos processos.

A hipótese de acolhimento da arguição de inconstitucionalidade impõe, nos termos dos artigos 948 e 949, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do artigo 253 do Regimento Interno desta Corte, que a matéria seja examinada pelo Órgão Especial desta Corte.

Isso posto, voto por **ACOLHER** a arguição de inconstitucionalidade e encaminhar a matéria a julgamento pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal.

Documento assinado eletronicamente por **DAVID MEDINA DA SILVA, Desembargador**, em 1/4/2024, às 16:34:20, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20005561241v2** e o código CRC **a8ea0b5a**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **DAVID MEDINA DA SILVA**

Data e Hora: 1/4/2024, às 16:34:20

1. <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/indulto-presidencial-tambem-subordinado-constituicao/acesso> em 26/03/2024. ↩

2. SARLET, Ingo Wolfgang., *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 442 ↩

3. Op. cit., pp. 115 e ss. ↩

4. BARROSO, Luis R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. Disponível em: *Minha Biblioteca*, (9a edição). Editora Saraiva, 2022, p. 40, acesso em 26.03.2022. ↩

Todavia, apesar dos argumentos anteriores, foi recentemente resolvida a questão em discussão no Tema de Repercussão Geral n. 1267, pelo e. Supremo Tribunal Federal, em julgamento assim ementado:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Tema nº 1267. Repercussão Geral reconhecida. Decreto do Presidente da República. Indulto Natalino. Limites constitucionais expressos e implícitos. Observância. Revisão judicial. Cabimento. Mérito do ato administrativo. Binômio conveniência e oportunidade. Ingresso vedado. Sistemáticas anteriores. Não vinculação. Reafirmação da jurisprudência. ADI 7390. Provimento negado. I. Caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pelo qual mantida a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais concessiva do indulto natalino do art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto nº 11.302/2022, do então Chefe do Poder Executivo. II. Questão em discussão 2. Tema nº 1267: "Constitucionalidade da concessão de indulto natalino, nos moldes previstos no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial 11.302/2022, às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos". III. Razões de decidir 3. O indulto coletivo comporta, em excepcionáíssimas hipóteses, revisão judicial. 4. O juízo de conveniência e oportunidade do indulto é exclusivo do Presidente da República. 5. O indulto não se vincula à determinada política criminal ou jurisprudência sobre aplicação da legislação penal. IV. Dispositivo e tese 6. Recurso Extraordinário não provido. 7. **Tese de julgamento: "É constitucional o indulto natalino do art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 11.302, de 22/12/2022". Dispositivos relevantes citados: arts. 5º, XLIII, e 84, XII, da Constituição Federal. Jurisprudência relevante citada: ADI 7390, Relator Flávio Dino, j. 24-02-2025; ADI 2795 MC, Relator Maurício Corrêa, j. 08-05-2003; ADI 5874, Relator Luís Roberto Barroso, Relator p/Acórdão Alexandre de Moraes, j. 09-05-2019; ADPF 964, Relatora Rosa Weber, j. 10-05-2023. (RE 1450100, Relator(a): FLÁVIO DINO, Tribunal Pleno, julgado em 19-05-2025, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 22-05-2025 PUBLIC 23-05-2025) - grifei**

Nesse sentido, prejudicado o julgamento do presente incidente, que em decorrência da decisão superveniente perdeu seu objeto.

Aliás, em tal sentido foram decisões recentes do Órgão Especial, em incidentes da espécie.

- CONCLUSÃO.

É caso de ***julgar prejudicado o presente incidente, devendo retornar o feito à C. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, para que, superada a questão preliminar, prossiga no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 5207366-11.2023.8.21.7000 como entender de direito.***

Documento assinado eletronicamente por **IVAN LEOMAR BRUXEL, Desembargador Relator**, em 09/06/2025, às 17:56:30, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20008391457v10** e o código CRC **1339e598**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): IVAN LEOMAR BRUXEL
Data e Hora: 09/06/2025, às 17:56:30

-
1. <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/indulto-presidencial-tambem-subordinado-constituicao/acesso> em 26/03/2024.
 2. SARLET, Ingo Wolfgang., Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 442
 3. Op. cit., pp. 115 e ss.
 4. BARROSO, Luis R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9a edição). Editora Saraiva, 2022, p. 40, acesso em 26.03.2022.

5291112-34.2024.8.21.7000

20008391457 .V10